

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.032/13/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000171082-07
Impugnação: 40.010130517-76
Impugnante: COFEPE Comércio de Ferro e Perfilados Ltda
IE: 223120187.00-12
Proc. S. Passivo: Rinaldo Maciel de Freitas/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Constatada a falta de entrega de parte da documentação solicitada mediante intimação, ensejando a aplicação da penalidade prevista no art. 54, inciso VII, “a” da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES. Constatou-se o aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em documentos fiscais emitidos por contribuinte sediado em outra Unidade da Federação, detentor de benefício fiscal à margem da legislação; emitidos por contribuinte enquadrado no Simples Nacional, bem como referentes à devolução/retorno integral de mercadorias em desacordo com o art. 78 do RICMS/02. Inobservância do disposto no art. 62, § 1º; art. 70, inciso XV, alínea “a”; art. 78, inciso III c/c os §§ 2º e 3º, todos do RICMS/02, no art. 1º, parágrafo único e art. 8º, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 24/75 e da Resolução nº 3.166/01. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização.

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO – ENCERRAMENTO – DESTINATÁRIO SIMPLES NACIONAL. Constatou-se saídas de sucata ao abrigo indevido do diferimento, uma vez que as mercadorias destinaram-se a estabelecimento optante pelo Simples Nacional. Infração caracterizada nos termos do art. 12, inciso V, alínea “a” do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS e multa de revalidação.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE REGISTRO DE ENTRADA - PRESUNÇÃO. Constatada a saída desacobertada de mercadorias do estabelecimento autuado, mediante presunção prevista no inciso I, parágrafo único, art. 51 da Lei nº 6.763/75. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, adequada ao disposto no § 2º da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EXTRAVIO/ADULTERAÇÃO DE LIVRO/DOCUMENTO FISCAL - DOCUMENTO FISCAL. Imputação fiscal de extravio de notas fiscais de entrada, após o não atendimento de intimação.

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75. Entretanto, exclui-se a exigência fiscal por ser inaplicável ao caso dos autos.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre as seguintes acusações fiscais referentes ao período de janeiro de 2006 a dezembro de 2010:

4.1 – falta de apresentação de parte da documentação solicitada mediante intimação fiscal;

4.2 – apropriação indevida de crédito do ICMS provenientes de: notas fiscais de entrada cujo remetente encontra-se beneficiado com incentivo fiscal concedido em desacordo com a legislação de regência do imposto; notas fiscais de entrada emitidas por empresas enquadradas no Simples Nacional e de notas fiscais de devolução/retorno integral de mercadorias em desacordo com o art. 78 do RICMS/02;

4.3 – descaracterização do diferimento do imposto nas operações de saída destinadas a empresas enquadradas no Simples Nacional, em face do encerramento do diferimento previsto no art. 12, inciso V, alínea “a” do RICMS/02;

4.4 – extravio de documentos fiscais;

4.5 – saída desacoberta de documento fiscal decorrente do não registro de notas fiscais de aquisição, informadas à SEF pelos contribuintes remetentes, por meio de arquivos eletrônicos (Sintegra).

Foram exigidos ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multas Isoladas previstas nos arts. 55, incisos II c/c o § 2º, XII e XXVI, 54, inciso VII, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 2.755/2.770 e às fls. 2.776/2.781.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 2.786/2.811, refuta as alegações da Defesa.

Da Instrução Processual

A Assessoria do CC/MG exara a Diligência de fls. 2.816/2.818, que resulta na manifestação da Fiscalização às fls. 2.820/2.821 e juntada dos documentos de fls. 2.822/2.877.

Na oportunidade, a Fiscalização reformula o crédito tributário para excluir as exigências, referentes aos meses de dezembro de 2006 e fevereiro de 2008, relativas ao item 4.5 do Auto de Infração, bem como exclui as exigências referentes ao estorno do crédito do imposto relativo ao item 7.8 da Resolução nº 3.166/01.

A Autuada é devidamente intimada da juntada dos documentos e da reformulação do crédito tributário (fls. 2.879/2.880).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Às fls. 2.881, os procuradores da Autuada pedem que seja prorrogado por mais 10 (dez) dias o prazo para a manifestação sobre a reformulação do crédito tributário. A Autuada, então, manifesta-se às fls. 2.883/2.901.

A Fiscalização manifesta-se novamente às fls. 2.904/2.910.

A Assessoria do CC/MG exara a Diligência de fls. 2.917, que resulta na reformulação do crédito tributário de fls. 2.919/2.920 e juntada dos documentos de fls. 2.923/2.950.

Na oportunidade, a Fiscalização reformula o crédito tributário para excluir as exigências referentes ao estorno do crédito do imposto relativo aos documentos fiscais emitidos pelo remetente Inspection Comércio e Serviços S/A (item 1.22 da Resolução nº 3.166/01).

Devidamente intimada, a Autuada manifesta-se às fls. 2.955/2.960, juntando os documentos de fls. 2.961/2.965.

A Fiscalização reformula o crédito tributário (fls. 2.968/2.970) para excluir as exigências referentes ao estorno de crédito oriundo de notas fiscais emitidas pela empresa Frefer Metal Plus S/A (item 1.22 da Resolução nº 3.166/01). Junta aos autos os documentos de fls. 2.971/3.027.

A Autuada manifesta-se às fls. 3.031/3.036 e junta aos autos os documentos de fls. 3.037/3.038 e 3.040/3.041.

A Fiscalização reformula o crédito tributário para excluir as exigências referentes ao estorno de crédito do imposto destacado nas notas fiscais emitidas pela empresa Intermesa Trading S/A - item 1.22 da Resolução nº 3.166/01 (fls. 3.042/3.081).

A Autuada manifesta-se às fls. 3.088/3.092, juntando os documentos de fls. 3.093/3.094.

A Fiscalização, então, manifesta-se às fls. 3.096/3.102.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 3.106/3.133, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos das reformulações do crédito tributário promovidas pela Fiscalização, e, ainda, para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, "a" da Lei nº 6.763/75, nos termos do art. 211 do RICMS/02, e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XII da mesma lei, referente às notas fiscais de aquisição eletrônica, emitidas a partir de dezembro de 2008.

A Impugnante protocoliza junto ao CC/MG, sob o número 13475, em 13 de março de 2013, pedido para que os autos retornem à Delegacia Fiscal para realização de cópias dos autos (livros fiscais e documentos), além de lhe ser fornecida a informação acerca da ocorrência ou não de nova reformulação.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram parcialmente os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo naquilo que com esta conflitar.

Da Preliminar

Alega a Impugnante, preliminarmente, o cerceamento do seu direito de defesa. Todavia, razão não lhe assiste.

Verifica-se várias intervenções das partes no processo, nas quais foram oportunizadas à Autuada as garantias constitucionais explicitadas no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Ademais, o Sujeito Passivo tomou conhecimento de todos os elementos de prova que fundamentam as exigências, portanto, teve perfeito conhecimento da acusação imputada, permitindo-lhe o pleno exercício de seu direito de defesa.

Acrescente-se que, conforme medida de fls. 2.816/2.818, a Assessoria deste Conselho determinou a abertura de vista dos autos dos documentos relacionados com as infrações de extravio/saídas de mercadoria desacobertas.

Além disso, ao longo do presente processo, foram abertos todos os prazos previstos no RPTA, oportunidade em que a Impugnante prontamente se manifestou nos autos, sem qualquer cerceamento do exercício do seu direito de defesa e do contraditório, motivo pelo qual rejeita-se o pedido protocolizado junto a este Conselho em 13 de março de 2013, para retorno dos autos à Delegacia Fiscal de Divinópolis, bem como a alegação de cerceamento de defesa.

Ressalte-se que a presente autuação preenche todos os requisitos indispensáveis, uma vez estar demonstrado que esta condiz com a realidade dos fatos, descreve correta e claramente a conduta da Impugnante tida como infracional e promove o adequado embasamento legal na peça lavrada, sendo indiscutível, por consequência, não ter havido qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa, assegurado o cumprimento do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Destaque-se, pela importância, que, no lançamento ora em exame, não se faz materializada a ocorrência de superposição de períodos ou cobrança em duplicidade em relação ao PTA nº 01.000167409-11, como tangenciado pela Impugnante às fls. 2.770.

Naqueles autos constam exigências, exclusivamente, referentes ao estorno de créditos de ICMS destacados em documentos fiscais emitidos por contribuinte detentor de benefício fiscal à margem da legislação, relativos ao período de janeiro de 2005 a junho de 2010. Entretanto, essa infringência foi também apurada e exigida neste PTA, mas correspondente ao período de julho a dezembro de 2010, conforme documentos de fls. 3.026 e 3.062/3.065.

Vale mencionar, ainda, que não há dispositivo legal que proíba eventual reexame das atividades do contribuinte relativamente a períodos já fiscalizados anteriormente, pois a Fiscalização pode apurar um ou mais ilícitos tributários, que podem ou não ser autuados em conjunto ou em momentos distintos, constituindo o único óbice o prazo decadencial de que dispõe para tanto, o que não é o caso dos autos.

Desse modo, afastam-se as preliminares arguidas.

Do Mérito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme já relatado, versa a presente autuação sobre as seguintes acusações fiscais, referentes ao período de janeiro de 2006 a dezembro de 2010:

4.1 – falta de apresentação de parte da documentação solicitada mediante intimação fiscal;

4.2 – apropriação indevida de crédito do ICMS provenientes de: notas fiscais de entrada cujo remetente encontra-se beneficiado com incentivo fiscal concedido em desacordo com a legislação de regência do imposto; notas fiscais de entrada emitidas por empresas enquadradas no Simples Nacional e de notas fiscais de devolução/retorno integral de mercadorias em desacordo com o art. 78 do RICMS/02;

4.3 – descaracterização do diferimento do imposto nas operações de saída destinadas a empresas enquadradas no Simples Nacional, em face do encerramento do diferimento previsto no art. 12, inciso V, alínea “a” do RICMS/02;

4.4 – extravio de documentos fiscais;

4.5 – saída desacoberta de documento fiscal decorrente da não declaração das notas fiscais de aquisição, informadas à SEF pelos contribuintes remetentes, por meio de arquivos eletrônicos (Sintegra).

Exigência de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multas Isoladas previstas no art. 55, incisos II c/c o § 2º, XII e XXVI, e no art. 54, inciso VII, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75.

Cabe destacar, inicialmente, que não há de se falar em decadência ao direito de lançar, relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 23/12/06, com aplicação do disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que ao lançamento de ofício aplica-se a contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN.

Destaque-se que este E. Conselho tem decidido reiteradamente que a decadência é regida pelo art. 173, I do CTN, donde o prazo de 5 (cinco) anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Cita-se, a título de exemplo, os Acórdãos nºs 3.742/11/CE, 3.709/11/CE, 3.907/12/CE, 20.425/11/1ª, 20.637/11/1ª e 19.626/10/3ª.

Da mesma forma, no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, o Ministro do STJ, Humberto Martins, deixou consignado o seguinte:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES. 1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O

PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. 2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (76977 RS 2011/0191109-3, RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS, DATA DE JULGAMENTO: 12/04/2012, T2 - SEGUNDA TURMA).

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2006 somente expirou em 31/12/11, conforme disposto no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 02/09/11 (fls. 2.747).

Observe-se que os valores referentes aos estornos de créditos, bem como as exigências de ICMS em razão da descaracterização do diferimento e da saída desacobertada foram levados à recomposição da conta gráfica, conforme fls. 3.077/3.079 dos autos.

Feitas as observações acima, passa-se à análise de cada item do lançamento.

4.1 - Falta de apresentação de parte dos documentos fiscais

Trata este item do lançamento sobre o descumprimento de obrigação acessória referente à falta de apresentação de parte da documentação fiscal exigida por meio de intimação fiscal (fls. 15 e 38).

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 6.763/75 (1.000 UFEMGs por intimação), *in verbis*:

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VII - por deixar de manter, manter em desacordo com a legislação tributária, deixar de entregar ou exibir ao Fisco, em desacordo com a legislação tributária, nos prazos previstos em regulamento ou quando intimado:

- a) livros, documentos, arquivos eletrônicos, cópias-demonstração de programas aplicativos e outros elementos que lhe forem exigidos, ressalvadas as hipóteses previstas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nos incisos III, VIII e XXXIV deste artigo - 1.000 (mil) UFEMGs por intimação.

A Fiscalização refuta a defesa apresentada quanto a este item do lançamento nos seguintes termos:

- Diante da impossibilidade de apresentar a 1ª vias das notas fiscais enviadas pelos fornecedores, o autuado afirma que não pode ser apenado por deixar de apresentar documentos que não possuía. Este argumento de defesa, todavia, totalmente desacompanhado de provas, é frágil em face dos documentos apresentados pelos emitentes das notas fiscais.(...)

- Estando a infração objetivamente caracterizada, tendo em vista que o contribuinte não apresentou, apesar de devidamente intimado (fls. 15 e 38), todos os documentos fiscais exigidos nas intimações, fato claramente comprovado com a falta de entrega da 1ª via de notas fiscais de entrada ou via do DANFE dos documentos relacionados nas Planilhas nº 03 e nº 06, foi aplicada a cobrança da multa imposta e prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, in verbis: (...). Grifou-se.

Vale observar que as planilhas 03 e 06 retromencionadas tratam das exigências relativas ao creditamento em desacordo com a legislação de mercadoria recebida em devolução e ao extravio de documentos fiscais, respectivamente.

Pelo exposto, restando configurada a infração objetiva de falta de entrega de documentos solicitados pela Fiscalização por meio de intimação, afigura-se correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

4.2 - Aproveitamento indevido de crédito de ICMS

a) destacados em documentos fiscais emitidos por fornecedores detentores de incentivos fiscais irregularmente concedidos.

A autuação versa sobre apropriação indevida de créditos de ICMS em face de concessão de benefício irregular na origem, sem respaldo em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ.

Exigência de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da citada lei.

A glosa dos créditos refere-se aos itens 1.22, 4.11, 7.2, 7.8 e 10.5 da Resolução nº 3.166/01, conforme redação vigente à época do lançamento.

Os documentos fiscais, cujos créditos foram estornados, encontram-se acostados às fls. 78/199, estando relacionados na planilha de fls. 72/77, e, após as reformulações do crédito tributário, às fls. 3.062/3.065, que contempla também o valor do imposto estornado no período de julho a dezembro de 2010.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaque-se, pela importância, que, no lançamento ora em exame, não se faz materializada a ocorrência de superposição de períodos ou cobrança em duplicidade em relação ao PTA nº 01.000167409-11, como tangenciado pela Impugnante às fls. 2.770. Naqueles autos constam exigências referentes à acusação deste item do lançamento, entretanto, relacionadas a período anterior (janeiro de 2005 a junho de 2010), conforme documentos de fls. 3.025.

Frise-se que os estornos de crédito do ICMS em análise datam de julho a dezembro de 2010.

Vale observar que a Fiscalização, após análise da diligência exarada pela Assessoria do CC/MG (fls. 2.816/2.818), para que fosse acostada aos autos a legislação que respaldasse o estorno dos créditos no tocante ao item 7.8 da Resolução nº 3.166/01, promoveu a reformulação do crédito tributário excluindo as exigências referentes ao mencionado item.

Assim, no caso em análise, tem-se que a glosa da parcela excedente dos créditos utilizados pela Autuada encontra-se expressamente prevista no Anexo Único da Resolução nº 3.166/01:

1 - ESPÍRITO SANTO				
ITEM	MERCADORIA	BENEFÍCIO	CRÉDITO ADMITIDO / PERÍODO	
1.22	Estabelecimento Comercial Atacadista		Crédito presumido de 11% (art. 107, XXI do RICMS/ES)	1% s/BC NF emitida a partir de 01/08/2003
4 – GOIÁS				
ITEM	MERCADORIA	BENEFÍCIO	CRÉDITO ADMITIDO / PERÍODO	
4.11	Estabelecimento de industrial que destine mercadoria para comercialização, produção ou industrialização		crédito presumido de 2% (Art. 11, III do Anexo IX do Dec. 4.852/97)	10% s/ BC NF emitida a partir de 21/11/94
7 - RIO DE JANEIRO				
ITEM	MERCADORIA	BENEFÍCIO	CRÉDITO ADMITIDO / PERÍODO	
7.2	Mercadorias em geral	crédito presumido de 1,5% (art. 3º, I e art. 4º da Lei n.º 4.173/03)	10,5 % s/BC NF emitida por atacadista e centrais de distribuição a partir de 30/09/2003	
Efeitos de 17/12/2004 a 01/08/2006 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos da Resolução nº 3.607:				
“7.2	Mercadorias em geral		crédito presumido de 2% (art. 3º, I da Lei n.º 4.173/03)	10 % s/BC NF emitida por atacadista e centrais de distribuição a partir de 30/09/2003”
10 – PERNAMBUCO				
ITEM	MERCADORIA	BENEFÍCIO	CRÉDITO ADMITIDO / PERÍODO	
10.5	Produtos das indústrias de celulose e siderúrgica de redução de minério de ferro e de laminação de aços planos		crédito presumido de 75% (Lei nº 11.737/99)	3% s/ BC NF emitida pela indústria no período de 31/12/99 a 31/12/15

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação aos documentos fiscais emitidos por fornecedores localizados no Estado do Espírito Santo, há a destacar-se que o Decreto nº 1090-R, de 25/10/02 (RICMS), determinava até 31/08/08:

Art. 107. Fica concedido crédito presumido:

(...)

XXI - de onze por cento, nas operações interestaduais promovidas por estabelecimento comercial atacadista estabelecidos neste Estado, observado o disposto nos §§ 2.º e 3.º:

Inciso XXI incluído pelo Decreto n.º 1.168-R, de 24.06.03, efeitos de 01.08.03 até 31.08.08:

Inciso XXI revogado pelo Decreto n.º 2.082-R, de 27.06.08, efeitos a partir de 01.09.08.

No entanto, prevê o art. 530-L-R-B, incluído no RICMS/ES pelo Decreto nº 2.082-R, de 27/06/08, com efeitos a partir de 01/09/08:

Art. 530-L-R-B. O estabelecimento comercial atacadista estabelecido neste Estado poderá, a cada período de apuração, estornar, do montante do débito registrado em decorrência de suas saídas interestaduais, destinadas a comercialização ou industrialização, o percentual equivalente a trinta e três por cento, de forma que, após a utilização dos créditos correspondentes apurados no período, a carga tributária efetiva resulte no percentual de um por cento. (Grifou-se).

Assim, verifica-se que apenas houve uma transferência de localização na legislação capixaba acerca do benefício fiscal citado no item 1.22 da Resolução nº 3.166/01.

Pela legislação supracitada, tem-se comprovado que o benefício fiscal para os atacadistas continua em vigor no Estado do Espírito Santo passando apenas a vigorar em outro dispositivo do regulamento daquele Estado. Não obstante ter havido uma alteração de forma de tributação, mediante disposição diversa, o resultado prático do benefício fiscal existente permanece o mesmo.

Pertinente ressaltar que a Assessoria do CC/MG exarou também a Diligência de fls. 2.917 para que a Fiscalização atendesse o seguinte:

1 - Juntar aos autos cópia da documentação anexada ao PTA nº 01.000170593-71, referente às empresas Inspection Comércio e Serviços S/A e Intermesa Trading S/A, sediadas no Espírito Santo, conforme informação constante na cópia da Certidão de fls. 2902.

Vale esclarecer que a referida certidão foi anexada aos autos pela Impugnante com intuito de comprovar que as empresas Inspection Comércio e Serviços S/A e Intermesa Trading S/A não eram, no período autuado, detentoras de benefício fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização acostou aos autos a documentação referente às empresas Inspection Comércio e Serviços S/A e Intermesa Trading S/A, sediadas no Espírito Santo, cujas cópias foram extraídas do PTA nº 01.000170593-71 (fls. 2.927/2.929).

Na oportunidade, excluiu as exigências referentes aos documentos fiscais emitidos pela Inspection Comércio e Serviços S/A, tendo em vista a declaração, firmada pelo Subsecretário de Estado da Receita de que tal empresa não é beneficiária de incentivos fiscais (fls. 2.927/2.928).

Em outra oportunidade, a Fiscalização também excluiu as exigências referentes aos documentos fiscais emitidos pela empresa Intermesa Trading S/A.

Destaque-se, também, que a Fiscalização acatou a declaração autenticada juntada aos autos pela Impugnante (fls. 2.965) e excluiu as exigências referentes à empresa Frefer Metal Plus S/A (item 1.22 da Resolução nº 3.166/01).

Mencione-se, por oportuno, que os regimes especiais concedidos a Gerdau Aços Longos S/A, pelo Estado de Minas Gerais, referem-se à atribuição de responsabilidade e/ou dilação de prazo de recolhimento do ICMS/ST nos termos dos arts. 2º e 46, §§ 2º e 3º, Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, não tendo o condão de infirmar a acusação posta, como entendeu a Impugnante.

No que tange à declaração acostada às fls. 3.094, referente à Gerdau Aços Longos S/A, corretamente entendeu a Fiscalização em manter as exigências fiscais referentes às notas fiscais por ela emitidas, uma vez que tal declaração não se encontra acompanhada de outros elementos como, por exemplo, cópia do livro de Apuração do ICMS para demonstrar a não utilização de benefício fiscal ilegalmente concedido pela mencionada empresa.

Com relação ao estorno do crédito nos termos do item 7.2 da Resolução nº 3.166/01, cabe trazer à baila que a Lei nº 4.173/03 (RJ) que prevê o fomento ao comércio atacadista (RIOLOG) encontra-se em vigor, conforme consulta ao sítio da ALERJ, senão veja-se:

Lei	Ano	Status	Ementa
4173	2003	Em Vigor	CRIA O PROGRAMA DE FOMENTO AO COMÉRCIO ATACADISTA E CENTRAIS DE DISTRIBUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - RIOLOG E DA OUTRAS PROVIDENCIAS.

No que tange à declaração acostada às fls. 2.964 e 3.093, relativa à empresa Axis S/A, sediada no Estado do Rio de Janeiro, corretamente entendeu a Fiscalização que tal documento não tem o condão de afastar a acusação fiscal posta, uma vez que não se encontra acompanhada de outros elementos capazes de demonstrar a não utilização de benefício fiscal ilegalmente concedido pela citada empresa no período autuado.

No tocante ao estorno de crédito do ICMS referente aos documentos fiscais emitidos pelos fornecedores pernambucanos, argumenta a Impugnante que o RICMS/PE não contempla qualquer benefício fiscal. Porém, o fato é que a Resolução nº 3.166/01 traz, explicitamente, em seu Anexo único, item 10.5, abaixo mencionado, o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

benefício que o Estado de Pernambuco concede a seus contribuintes, correspondente ao crédito estornado nos presentes autos.

10 – PERNAMBUCO			
(4) ITEM	MERCADORIA	BENEFÍCIO	CRÉDITO ADMITIDO / PERÍODO
(...)			
(4) 10.5	Produtos das indústrias de celulose e siderúrgica de redução de minério de ferro e de laminação de aços planos	crédito presumido de 75% (Lei nº 11.737/99)	3% s/ BC NF emitida pela indústria no período de 31/12/99 a 31/12/15

Vale citar, por oportuno, excertos da lei pernambucana, extraídos do sítio http://www.sefaz.pe.gov.br/sefaz2/legislacao/Leis_Tributarias/1999/Lei11737_99.htm, que dispõe sobre o benefício retromencionado:

LEI Nº 11.737, de 30 de dezembro de 1999.

Dispõe sobre a concessão de benefício fiscal e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO:

Faço saber que a Assembléia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica concedido, a partir de 31 de dezembro de 1999 até 31 de dezembro de 2015, crédito presumido equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, devido por Indústrias de Celulose ou Indústrias Siderúrgicas de Redução de Minério de Ferro e de Laminação de Aços Planos, localizadas em Pernambuco, relativamente às operações por elas promovidas com os produtos decorrentes dos respectivos processos produtivos.

(...)

Quanto à empresa Comafal Indl. de Ferro e Aço Ltda, tem-se que os documentos acostados aos autos pela Fiscalização (fls. 2.996/3.019, cujas cópias foram extraídas do PTA nº 01.000170593-71) deixam claro que as informações neles contidas referem-se a período anterior ao das exigências deste item do lançamento.

Assim, no que tange às exigências remanescentes, a Impugnante não trouxe aos autos nenhuma documentação idônea que comprove a não utilização de benefícios fiscais pelos emitentes dos documentos fiscais cujos créditos foram estornados parcialmente nestes autos.

Nesse sentido, verifica-se que o procedimento da Fiscalização encontra-se perfeitamente embasado na legislação que veda o aproveitamento de crédito, decorrente de imposto destacado em documento fiscal, mas não cobrado integralmente, por ter o Estado remetente concedido incentivo ou benefício fiscal em desacordo com a legislação de regência do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O estorno do crédito tem por base legal o disposto na Constituição Federal de 1988, Lei Complementar nº 24/75, RICMS/02 c/c a Resolução nº 3.166/01.

Dispõe a Constituição Federal de 1988, art. 155, § 2º, incisos I e XII, alínea "g", *in verbis*:

Art. 155

(...)

§ 2º o imposto previsto no inciso II, atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. (Grifou-se)

(...)

A Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, prescreve, *in verbis*:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de Convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - o disposto neste artigo também se aplica:

(...)

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no imposto de circulação de mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal.

§ 1º- As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 2º- A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

(...)

Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;

II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente. (Grifou-se)

Tais mandamentos também fazem parte da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais, conforme §§ 1º e 2º do art. 62 do RICMS/02, conforme redação vigente à época dos fatos, *in verbis*:

Art. 62 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado.

§ 1º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal.

§ 2º - A Secretaria de Estado da Fazenda, mediante resolução, disciplinará a apropriação do crédito do imposto relativamente às operações e prestações objeto do incentivo ou do benefício fiscal de que trata o parágrafo anterior.

(...)

A Resolução nº 3.166/01, norma operacional que orienta a Fiscalização e os contribuintes, para dar cumprimento ao art. 62, § 2º, disciplina, em seu art. 1º, a forma em que será admitido o crédito, *in verbis*:

Art. 1º - O crédito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) correspondente à entrada de mercadoria remetida a estabelecimento localizado em território mineiro, a qualquer título, por estabelecimento que se beneficie de incentivos indicados no Anexo Único, será admitido na mesma proporção em que o imposto venha sendo efetivamente recolhido à unidade da Federação de origem, na conformidade do referido Anexo.

Assim, os Estados do Espírito Santo, Goiás, Rio de Janeiro e Pernambuco, ao beneficiarem seus contribuintes com incentivos fiscais não ratificados pelos Estados,

infringiram normas disciplinadoras do ICMS, tornando nulo o ato no montante do benefício fiscal concedido e ineficaz o aproveitamento do crédito pelo estabelecimento adquirente da mercadoria objeto da operação regulada pelo benefício indevidamente concedido, o que torna correto o procedimento fiscal.

Por fim, vale informar que, nos termos do entendimento adotado pela SEF/MG, no período autuado, respaldado por inúmeras decisões deste Conselho de Contribuintes, a Resolução nº 3166/01, em seu Anexo Único, traz lista exemplificativa dos benefícios fiscais concedidos em outros Estados da Federação e não taxativa como sustentou a Impugnante.

Outrossim, o art. 8º da Lei nº 24/75 não foi revogado conforme sugere a Defesa.

Desse modo, corretas as exigências fiscais referentes ao ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75, nos termos das reformulações do crédito tributário efetuadas.

b) destacados em notas fiscais emitidas por contribuintes enquadrados no Simples Nacional

Acusação fiscal de aproveitamento indevido de créditos de ICMS referentes a documentos fiscais de entrada em operações de industrialização por encomenda, emitidos por contribuintes enquadrados no regime de tributação instituído pela LC nº 123/06 - Simples Nacional, nos meses de julho de 2007 a outubro de 2007 e janeiro de 2010.

A irregularidade em análise encontra-se demonstrada conforme Planilha 02 (Crédito de ICMS proveniente de ME/EPP/SN – Estorno de Crédito (fls. 201/202).

As cópias dos documentos fiscais juntamente com as consultas contendo o regime de apuração das empresas fornecedoras encontram-se acostadas às fls. 204/248.

Ressalte-se que, nas peças de defesa apresentadas, não há nenhum argumento quanto a este item do lançamento.

Vale observar, conforme consulta ao portal do Simples Nacional, disponível em www8.receita.fazenda.gov.br/SIMPLES_NACIONAL, documentos de fls. 204 e 206, que, na data da emissão dos documentos fiscais, os citados fornecedores eram optantes pelo Simples Nacional.

Destaque-se que, regra geral, as MEs e as EPPs optantes pelo Simples Nacional não apropriam nem transferem créditos relativos ao ICMS abrangido pelo Simples Nacional, confira-se o que dispõe a LC nº 123/06:

Art. 23 - As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

Todavia, a partir de 1º de janeiro de 2009, com a alteração promovida na LC nº 123/06, pela LC nº 128/08, passou-se a admitir o creditamento nos seguintes termos:

Seção VI

Dos Créditos

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

§ 1º As pessoas jurídicas e aquelas a elas equiparadas pela legislação tributária não optantes pelo Simples Nacional terão direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições.

§ 2º A alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deste artigo deverá ser informada no documento fiscal e corresponderá ao percentual de ICMS previsto nos Anexos I ou II desta Lei Complementar para a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês anterior ao da operação.

§ 3º Na hipótese de a operação ocorrer no mês de início de atividades da microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, a alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deste artigo corresponderá ao percentual de ICMS referente à menor alíquota prevista nos Anexos I ou II desta Lei Complementar.

§ 4º Não se aplica o disposto nos §§ 1º a 3º deste artigo quando:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte estiver sujeita à tributação do ICMS no Simples Nacional por valores fixos mensais;

II - a microempresa ou a empresa de pequeno porte não informar a alíquota de que trata o § 2º deste artigo no documento fiscal;

III - houver isenção estabelecida pelo Estado ou Distrito Federal que abranja a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês da operação.

IV - o remetente da operação ou prestação considerar, por opção, que a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 18 desta Lei Complementar deverá incidir sobre a receita recebida no mês.

§ 5º Mediante deliberação exclusiva e unilateral dos Estados e do Distrito Federal, poderá ser concedido às pessoas jurídicas e àquelas a elas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

equiparadas pela legislação tributária não optantes pelo Simples Nacional crédito correspondente ao ICMS incidente sobre os insumos utilizados nas mercadorias adquiridas de indústria optante pelo Simples Nacional, sendo vedado o estabelecimento de diferenciação no valor do crédito em razão da procedência dessas mercadorias. (Grifou-se)

Assim, a pessoa jurídica não optante pelo Simples Nacional, que adquirir mercadoria de ME ou EPP optante pelo Simples Nacional destinada à comercialização ou industrialização, terá direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre essa operação de aquisição, nos termos do já citado § 1º do art. 23 da LC nº 123/06.

Na hipótese do crédito mencionado referente à aquisição de mercadoria destinada à comercialização e industrialização, deve-se verificar o disposto no § 4º supracitado. Vale destacar que, na hipótese de a ME ou EPP não informar no documento fiscal a alíquota aplicável ao cálculo do crédito, o respectivo adquirente da mercadoria não terá direito ao creditamento.

Nesse mesmo sentido o disposto na Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007, *in verbis*:

Art 2º-C O adquirente da mercadoria não poderá se creditar do ICMS consignado em nota fiscal emitida por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, de que trata o art. 2º-A, quando: (Redação dada pela Resolução CGSN nº 60, de 22 de junho de 2009)

I - a alíquota de que trata o § 1º do artigo 2º-A não for informada na nota fiscal; (Incluído pela Resolução CGSN nº 60, de 22 de junho de 2009)

Cabe destacar que a ME ou EPP optante pelo Simples Nacional que emitir Nota Fiscal com direito ao crédito, estabelecido no § 1º do art. 23 da Lei Complementar nº 123/06, consignará no campo destinado às informações complementares ou excepcionalmente, em caso de insuficiência de espaço, no quadro Dados do Produto, a expressão: "PERMITE O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DE ICMS NO VALOR DE R\$...; CORRESPONDENTE À ALÍQUOTA DE ...%, NOS TERMOS DO ART. 23 DA LC 123/2006", conforme art. 2º-A da Resolução CGSN nº 10/07.

Nessa linha, veja o disposto no RICMS/02:

Art. 70. Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

XV - o imposto se relacionar a operação promovida por microempresa ou empresa de pequeno porte, quando:

a)- no documento fiscal que acobertar a aquisição, não for informada a alíquota correspondente ao percentual de ICMS previsto no § 26 do art. 42 deste Regulamento; e

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos a partir de 1º/01/2009 - Redação dada pelo art. 1º, e vigência estabelecida pelo art. 3º, II, "a" ambos do Dec. nº 45.136, de 16/07/2009.

"XV - o imposto se relacionar a operação promovida por microempresa ou empresa de pequeno porte, quando:

a) no documento fiscal que acobertar a aquisição, não for informada a alíquota correspondente ao percentual de ICMS previsto no § 26 do art. 42 deste Regulamento; e

(...)

Efeitos de 1º/07/2007 a 31/12/2008 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 14, II, ambos do Dec. nº 44.650, de 07/11/2007:"

"XV - o imposto se relacionar a operação ou prestação:

a) promovida por microempresa ou empresa de pequeno porte, salvo nas hipóteses previstas neste Regulamento;

b) com bens ou mercadorias adquiridos ou recebidos por microempresa ou empresas de pequeno porte."

Compulsando os documentos fiscais referentes aos créditos ora estornados pela Fiscalização, observa-se que:

- os documentos fiscais acostados às fls. 208/247 foram emitidos em período anterior a 01/01/09 (data na qual passou a ser admitido creditamento correspondente ao ICMS incidente sobre as aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional – LC nº 128/08);

- o documento fiscal de fls. 248, cuja data de emissão e saída é 21/01/10, embora emitido após 01/01/09, não contém a informação acerca da alíquota aplicável, conforme legislação acima mencionada.

Desse modo, verifica-se que a Autuada não faz jus ao creditamento em análise.

Assim, correto o estorno dos créditos de ICMS efetuado pela Fiscalização, estando, por conseguinte corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

c – referentes a notas fiscais de devolução/retorno integral de mercadorias em desacordo com o art. 78 do RICMS/02

Conforme relatado, cuida este item de aproveitamento indevido de créditos do imposto consignados nas "notas fiscais de entrada" arroladas nos autos conforme planilha de fls. 250/256, relativas ao período de janeiro de 2006 a novembro de 2010, referentes a retorno integral de mercadoria não entregue ao destinatário.

Exigência de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da mesma lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização acostou às fls. 257/353 dos autos as notas fiscais cujos créditos foram estornados.

Cabe ressaltar que a Impugnante não discorre sobre este item do lançamento.

Todavia, o procedimento de creditamento adotado pela empresa autuada, não encontra respaldo na legislação tributária mineira, conforme se verá.

Insta destacar que o trabalho fiscal encontra-se alicerçado no que preceitua o art. 78 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 78. O estabelecimento que receber em retorno integral mercadoria não entregue ao destinatário, para recuperar o imposto anteriormente debitado, deverá:

I - emitir nota fiscal na entrada, fazendo referência à nota fiscal que acobertou o transporte da mercadoria;

II - escriturar a nota fiscal de que trata o inciso anterior no livro Registro de Entradas, nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações com Crédito do Imposto";

III - manter arquivados, pelo prazo previsto no inciso I do § 1º do artigo 96 deste Regulamento, a 1ª via da nota fiscal ou a via do DANFE que acobertou ou acompanhou o trânsito da mercadoria, anotando a ocorrência no respectivo documento.

§ 1º Na hipótese do *caput* deste artigo:

I - a mercadoria será acobertada, em seu retorno, pela mesma nota fiscal que tenha acobertado a sua saída, que terá seu prazo de validade renovado a partir da data da declaração prevista no parágrafo seguinte;

II - a prestação de serviço de transporte correspondente será acobertada pelo mesmo CTRC que tenha acobertado a remessa, observado o disposto no artigo 10 da Parte 1 do Anexo IX.

§ 2º O transportador e, se possível, também o destinatário, mediante declaração datada e assinada, consignarão, no verso da nota fiscal ou do DANFE, o motivo pelo qual a mercadoria não foi entregue e, sendo o destinatário contribuinte, deverá apor no verso do documento o carimbo relativo à sua inscrição no CNPJ.

§ 3º A recuperação do imposto somente será possível no caso em que:

I - a nota fiscal ou o DANFE que acobertou ou acompanhou o retorno contenha o visto do Posto de Fiscalização, se existente no itinerário normal que deva ser percorrido pelo transportador;

II - o contribuinte tenha observado o disposto nos parágrafos anteriores. (Grifou-se)

Consta nos autos que a Fiscalização intimou a Autuada para que ela apresentasse a 1ª via das notas fiscais de entrada referentes às devoluções/retornos integral de mercadoria e a 1ª via das respectivas notas fiscais de saída que acobertaram o transporte da mercadoria (AIAF de fls. 15).

Compulsando os documentos acostados aos autos às fls. 257/353, verifica-se que as notas fiscais que serviram para o creditamento não se fazem acompanhadas dos requisitos/documentos previstos no art. 78 retromencionado, notadamente a 1ª via das respectivas notas fiscais de saída que acobertaram o transporte da mercadoria contendo os requisitos elencados na legislação.

Desse modo, o conjunto de requisitos relacionados no art. 78 do RICMS/02, se observados pela Contribuinte, demonstraria a real ocorrência do fato que menciona, qual seja, o cancelamento de vendas. Contudo, a inobservância desses requisitos pela Autuada impede que a Fiscalização verifique a real ocorrência de suas alegações.

Assim, como a Autuada não apresentou a documentação fiscal que respalda os créditos em análise, mesmo após as intimações da Fiscalização, contendo os requisitos previstos na legislação, notadamente no art. 78 do RICMS/02, correto o estorno efetuado.

Portanto, corretas as exigências fiscais constantes do Auto de Infração no tocante a este item do lançamento.

4.3 - Descaracterização do diferimento do imposto nas operações destinadas a empresas enquadradas no Simples Nacional (microempresa e empresa de pequeno porte)

Acusação fiscal de falta de recolhimento de ICMS tendo em vista a aplicação indevida do diferimento do imposto nas saídas destinadas a contribuintes enquadrados no Simples Nacional, nos meses de outubro de 2007, maio de 2010 e outubro de 2010.

Exigência de ICMS (18%) e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A irregularidade em análise encontra-se demonstrada na Planilha nº 05 – Operações de Saída com Diferimento Indevido (fls. 370).

A Fiscalização acostou aos autos, fls. 371/375, vias dos documentos fiscais autuados, nos quais constam que as operações estavam ao abrigo do diferimento do imposto. Já às fls. 381/389, consta a cópia do livro de Registro de Saída de 2007 contendo a escrituração dos respectivos documentos fiscais.

Conforme consultas ao portal do Simples Nacional, disponível em www8.receita.fazenda.gov.br/SIMPLES_NACIONAL, acostadas às fls. 377/379, verifica-se que na data da emissão dos documentos fiscais os destinatários eram realmente optantes pelo Simples Nacional.

Prevê o RICMS/02 o seguinte:

Art. 7º Ocorre o diferimento quando o lançamento e o recolhimento do imposto incidente na operação

com determinada mercadoria ou sobre a prestação de serviço forem transferidos para operação ou prestação posterior.

(...)

Art. 12. Encerra-se o diferimento quando:

I - a operação com a mercadoria recebida com o imposto diferido, ou com outra dela resultante, promovida pelo adquirente ou destinatário daquela, não estiver alcançada pelo diferimento, for isenta ou não for tributada;

(...)

V - a mercadoria for destinada:

a) a estabelecimento de microempresa ou de empresa de pequeno porte; (grifou-se)

(...)

Cabe esclarecer que o art. 218 do Anexo IX do RICMS/02, citado pela Impugnante, que prevê hipóteses de operações que podem ser alcançadas pelo diferimento, não tem o condão de afastar a legislação que determina as situações nas quais tal instituto encerra-se.

Desse modo, determina a legislação o encerramento do diferimento do imposto nas operações consubstanciadas nos documentos fiscais autuados, estando, portanto, corretas as exigências fiscais em comento.

4.4 - Extravio de documentos fiscais

Em relação aos documentos fiscais solicitados e não apresentados, a Fiscalização exige, sob a acusação de extravio de documentos fiscais, a Multa Isolada prevista no inciso XII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XII - por extraviar ou inutilizar documento fiscal, bem como não entregá-lo após a aplicação da penalidade prevista no inciso VII do art. 54 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, apurada ou arbitrada pelo Fisco;

(...)

Verifica-se que no dispositivo transcrito há três ações distintas que determinam a penalização do contribuinte, a saber:

1ª) extravio de documento fiscal;

2ª) inutilização de documento fiscal; ou

3ª) não entrega de documento fiscal após penalizado com a multa por descumprimento de intimação.

Para a aplicação do inciso XII do art. 55 retrotranscrito, nos casos de extravio ou inutilização de documento fiscal, deve ser comprovada nos autos a ocorrência do ato comissivo de desviar o documento fiscal de sua finalidade (extravio) ou de torná-lo sem efeito por meio de ato que prejudique a sua clareza (inutilização).

Não há nos autos qualquer demonstração pela Fiscalização da prática desses atos por parte da Autuada, restando configurado apenas um ato omissivo do Contribuinte, ao não entregar as vias solicitadas por meio de intimação.

Por essa infração (não entrega), a aplicação do inciso XII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 somente poderia ocorrer após a Autuada ser penalizada pelo inciso VII do art. 54 da mesma lei, penalidade que está sendo aplicada neste mesmo PTA, conforme item 4.1 do relatório do Auto de Infração de fls. 2.

Desse modo, exclui-se a exigência da multa capitulada no inciso XII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, por inaplicável ao caso dos autos.

4.5 - Presunção legal de saídas desacobertas

Em vista da constatação de que a Autuada não declarou as operações de aquisição de mercadorias retratadas nos documentos fiscais, relacionados às fls. 476, a Autoridade Fiscal considerou a saída desacoberta dos produtos neles relacionados com base na presunção legal prevista no inciso I, parágrafo único, art. 51 da Lei nº 6.763/75, nos seguintes termos:

Art. 51. (...)

Parágrafo único - Presume-se:

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador;

(...)

Não há reparos a se fazer na aplicação do dispositivo legal transcrito, o qual prevê expressamente a presunção da entrada e saída desacoberta de mercadoria, em razão de o contribuinte sonegar informação a respeito de operações de aquisição, vindo a ser conhecidas pela Fiscalização mediante informações colhidas dos fornecedores da Impugnante.

Por certo, está-se diante de uma presunção relativa, o que possibilita ao contribuinte apresentação de prova em contrário. Entretanto, a Impugnante não trouxe aos autos qualquer elemento que pudesse afastar a sua aplicação, limitando-se a considerá-la insubsistente, tendo em vista a alegação de que as operações retratadas nos documentos fiscais relacionados no presente lançamento não ocorreram, mas sem, no entanto, como já exposto, apresentar provas nesse sentido.

Lado outro, a Fiscalização diligente e na busca da verdade material intimou vários fornecedores que apresentaram a documentação de fls. 478/1.325, comprovando-se, dessa forma, as operações relacionadas em tais documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Especificamente quanto à irregularidade em análise, foram juntados os documentos que efetivamente comprovam as aquisições pela Autuada, senão veja-se:

- fornecedor C e M Gerenciamento de Resíduos Industriais - notas fiscais n°s: 229, 237, 241 e 244: 5ª via dos documentos fiscais (fls. 571/577);
- fornecedor Data Engenharia Ltda - nota fiscal n° 028705: fls. 738/756;
- fornecedor Indumyll Indústria e Comércio Ltda - notas fiscais n°s 142903 e 79194: fls. 943/ 944, 956/957;
- fornecedor Quality do Brasil - nota fiscal n° 000259: fls. 1131;
- fornecedor Votorantim Siderurgia S/A - notas fiscais n°s 342190/342192: fls. 1.280/1.317.

Em atendimento à solicitação fiscal os fornecedores apresentaram, por exemplo, os seguintes documentos: 2ªs e 5ªs vias dos documentos fiscais, cópia razão analítico, cópia duplicata, cópia documento bancário “movimentação de títulos”, 1ª via CTRC, cópia registros contábeis pertinentes aos recebimentos, declarações confirmando as operações, etc..

Saliente-se que, para o cálculo do ICMS devido, a Fiscalização não agregou nenhuma Margem de Valor Agregado (MVA) sobre o valor das entradas, relativas às notas fiscais não escrituradas pela Impugnante, aplicando-se sobre o valor da base de cálculo consignada em tais documentos de entrada a alíquota de 12% (doze por cento) para os produtos listados na Parte 6 do Anexo XII do RICMS/02 e de 18% (dezoito por cento) para as demais mercadorias (art. 42, “b” e “e” da Parte Geral do RICMS/02).

Foram exigidas também a multa de revalidação respectiva e a Multa Isolada aplicável pelas saídas desacobertas (art. 55, inciso II da Lei n° 6.763/75), tendo sido observado o limitador previsto no § 2º de tal artigo.

Mencione que a Fiscalização reformulou o crédito tributário para excluir as exigências referentes aos meses de dezembro de 2006 e fevereiro de 2008, por serem comuns à irregularidade de saída desacoberta relativa ao PTA 01.000171564-73.

Desse modo, corretas as exigências deste item do lançamento, após a reformulação efetuada.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir requerimento de juntada de documento. Também em preliminar, ainda à unanimidade, em indeferir o requerimento protocolizado junto a este Conselho de Contribuintes (protocolo n° 13475 em 13/03/13), solicitando o retorno dos autos à Delegacia Fiscal autuante. Ainda em preliminar, também à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos das reformulações efetuadas pelo Fisco e consolidadas às fls. 3042/3044 e 3062/3081 e, ainda, para excluir a Multa Isolada capitulada no inciso XII do art. 55 da Lei n° 6.763/75. Vencido, em parte, o Conselheiro André Barros de Moura, que excluía a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XII da Lei n° 6.763/75 somente referente às notas fiscais de aquisições eletrônicas emitidas a partir de dezembro de 2008 e, ainda, a Multa Isolada capitulada

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no art. 54, inciso VII, “a” da Lei nº 6.763/75, nos termos do art. 211 do RICMS/02, conforme parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Rinaldo Maciel de Freitas e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Rodrigo da Silva Ferreira (Revisor) e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 27 de março de 2013.

André Barros de Moura
Presidente

Ricardo Wagner Lucas Cardoso
Relator

R

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.032/13/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000171082-07
Impugnação: 40.010130517-76
Impugnante: COFEPE Comércio de Ferro e Perfilados Ltda
IE: 223120187.00-12
Proc. S. Passivo: Rinaldo Maciel de Freitas/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

Voto proferido pelo Conselheiro André Barros de Moura, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos e reside apenas nas exigências relativas a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75, concernente às notas fiscais de aquisição eletrônicas emitidas a partir de dezembro de 2008 e, sobre a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, “a” da Lei nº 6.763/75.

Quanto à exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75, por extravio de documentos fiscais, tem-se que a Fiscalização realizou cruzamento de dados entre informações repassadas por fornecedores da Impugnante, por meio dos arquivos eletrônicos de que trata o art. 10, Parte 1, Anexo VII do RICMS/02, e a escrituração fiscal da Autuada, verificando a ausência de registro no LRE de parte das notas fiscais de aquisição.

Em vista disso, a Fiscalização encaminhou intimações de fls. 15 e 38, nas quais solicitava a apresentação desses documentos, dentre outros, não obtendo resposta para as citadas intimações em sua totalidade, sendo exigida a Penalidade Isolada prevista no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75:

Art. 55 (...)

XII - por extraviar ou inutilizar documento fiscal, bem como não entregá-lo após a aplicação da penalidade prevista no inciso VII do art. 54 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, apurada ou arbitrada pelo Fisco;

Entretanto, em consulta ao SIARE (Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual) verifica-se que a Autuada encontra-se credenciada para emissão de notas fiscais eletrônicas a partir de 01/12/08.

Assim, como a Autuada passou a emitir nota fiscal eletrônica a partir de dezembro/08, conforme documentos acostados às fls. 337 e 338, ela não estará a partir de tal data obrigada a arquivar o DANFE, mas apenas o arquivo digital recebido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relativamente à falta de apresentação de parte dos documentos fiscais determinada por meio de intimação fiscal (fls. 15 e 38), o Fisco exige à Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, “a” da Lei nº 6.763/75 (1000 UFEMGs por intimação), in verbis:

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VII - por deixar de manter, manter em desacordo com a legislação tributária, deixar de entregar ou exibir ao Fisco, em desacordo com a legislação tributária, nos prazos previstos em regulamento ou quando intimado:

b) livros, documentos, arquivos eletrônicos, cópias-demonstração de programas aplicativos e outros elementos que lhe forem exigidos, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos III, VIII e XXXIV deste artigo - 1.000 (mil) UFEMGs por intimação.

A Fiscalização refuta a Defesa apresentada quanto a este item do lançamento nos seguintes termos:

- Diante da impossibilidade de apresentar a 1ª via das notas fiscais enviadas pelos fornecedores, o autuado afirma que não pode ser apenado por deixar de apresentar documentos que não possuía. Este argumento de defesa, todavia, totalmente desacompanhado de provas, é frágil em face dos documentos apresentados pelos emitentes das notas fiscais.(...)

- Estando a infração objetivamente caracterizada, tendo em vista que o contribuinte não apresentou, apesar de devidamente intimado (fls. 15 e 38), todos os documentos fiscais exigidos nas intimações, fato claramente comprovado com a falta de entrega das 1ª via de notas fiscais de entrada ou via do DANFE dos documentos relacionados nas Planilhas nº 03 e nº 06, foi aplicada à cobrança da multa imposta e prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, in verbis: (...). Grifou-se.

Vale observar que as planilhas 03 e 06 retromencionadas tratam das exigências relativas ao creditamento em desacordo com a legislação de mercadoria recebida em devolução e ao extravio de documentos fiscais, respectivamente.

Ocorre, entretanto, que os documentos solicitados nas referidas intimações e não apresentados, como destaca a própria Fiscalização no excerto supracitado, estão vinculados às irregularidades “4.4” e “4.5” do Auto de Infração para as quais há exigência das Multas Isoladas capituladas no art. 55, incisos XII e XXVI, ambas da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É nítida, portanto, a conexão existente entre a penalidade exigida nesta irregularidade e as penalidades isoladas relativas ao creditamento indevido pela falta de atendimento dos requisitos previstos no art. 78 do RICMS/02, notadamente a apresentação das 1^{as} vias das notas fiscais de saída que acobertaram o transporte da mercadoria contendo os requisitos elencados na legislação, bem como em razão do extravio de tais documentos (art. 55, incisos XXVI e XII da Lei nº 6.763/75 – infrações mais graves), nos termos do art. 211 do RICMS/02, *verbis*:

Art. 211. Apurando-se, na mesma ação fiscal, o descumprimento de mais de uma obrigação tributária acessória pela mesma pessoa, será aplicada a multa relativa à infração mais grave, quando forem as infrações conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deram origem.

Diante do exposto, concluo pelo cancelamento da exigência relativa à Multa Isolada prevista no art. 54, VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, nos termos do art. 211 do RICMS/02 e quanto a Penalidade Isolada prevista no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75, com relação às notas fiscais de aquisição eletrônicas, emitidas a partir de dezembro/08, pela exclusão de tal exigência por ser inaplicável à espécie.

Sala das Sessões, 27/03/13.

André Barros de Moura
Conselheiro